Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät Breslau

Die Abtretbarkeit dinglicher Ansprüche

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen
Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Kurt Schimmelpfennig
Referendar in Berlin

Breslau 1928 / Buchdruckerei Breslauer Neueste Nachrichten

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. Schott

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALT

I. Abschnitt:

Die grundlegenden Begriffe.

Seite

§ 1. 1. Der dingliche Anspruch 7

2. Die Abtretung

§ 2. a) Die geschichtliche Entwicklung 10

§ 3. b) Die verschiedenen Arten der Abtretung 10

§ 4. 3. Genauere Abgrenzung des Themas 13

II. Abschnitt:

Die Frage der Abtretbarkeit.

1. Die angeblich für die Abtretbarkeit sprechenden Momente

§ 5. a) Die positiven Gesetzesvorschriften 14

§ 6. b) Die geschichtliche Entwicklung 18

§ 7. c) Wirtschaftliche Erwägungen 19

2. Unzulässigkeit der Abtretung dinglicher Ansprüche

§ 8. a) Rechtsdogmatische Gründe 20

§ 9. b) Unanwendbarkeit der Zessionsvorschriften 21

§ 10. c) Rechtspolitische Momente 22

§ 11. 3. Der Stand der Meinungen 23

III. Abschnitt:

Die Ermächtigung als Ersatz für die Abtretung.

§ 12. 1. Unzulänglichkeit der Vollmacht zur Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse 29

§ 13. 2. Der Grundsatz der Ueberlassung der Ausübung . . . , 27

§ 14. 3. Die Ermächtigung als Ueberlassung der Ausübung . . . 31

a) Die geschichtliche Entwicklung des Begriffes

b) Der moderne Begriff der Ermächtigung und seine Wirkungen

§ 15. 4. Ergebnis 35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548228_0006

Meinen lieben Eltern

1. Abschnitt.

Die grundlegenden Begriffe.

§ 1.

Wenn die gestellte Frage in Wissenschaft und Rechtsprechung sehr verschiedenartige Behandlung und Beantwortung gefunden hat, so hat dies zum großen Teil seinen Grund darin, daß über die Begriffe „dinglicher Anspruch" und „Abtretung" und über ihre Ausdehnung Meinungsverschiedenheiten herrschten. Es ist daher für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung, zunächst die beiden Begriffe eindeutig festzulegen.

Der Begriff des Anspruchs, wie ihn das geltende Recht kennt, ist bekanntlich von Windscheid in seiner Schrift „Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts", 1856, erstmalig den Bedürfnissen des modernen Rechts entsprechend aufgestellt worden. Ueber den römischen Begriff der actio gibt folgende Digestenstelle Auskunft (L. 51, D. 44, 7): nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

Dies soll also besagen, die actio enthält sowohl den privatrechtlichen, klagbaren Anspruch wie die öffentlichrechtliche Klagbefugnis. Windscheid schied das öffentlichrechtliche Element aus der Definition aus, da dessen Aufnahme der modernen Rechtsanschauung nicht mehr entspreche, und die Wissenschaft und Gesetzgebung sind seiner Lehre gefolgt. Der § 194 BGB. bezeichnet den Anspruch als „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". Damit ist zwar eine deutliche Scheidung gegen das römische Recht vollzogen, im übrigen wird damit nur gesagt, daß sich der Anspruch gegen eine andere Person richtet[1]), daß der Berechtigte von dem Verpflichteten ein bestimmtes Verhalten, z. B. Herausgabe einer Sache, Zahlung einer bestimmten Geldsumme, Abgabe einer Willenserklärung, fordern kann. Worauf diese Beziehung im Einzelfalle beruht, sagt uns erst das zugrunde liegende Recht, dem der Anspruch entspringt, dessen Aeußerung er ist[2]).

---

1) Mot. I, S. 291.

2) Gierke III, S. 54; Langheineken, S. 24 m. weiterer Literatur.

Die Rechte, die die Grundlage für die Ansprüche bilden, teilt man nun nach den verpflichteten Subjekten in absolute und relative Rechte ein, und je nach der Verschiedenheit des Rechts haben auch die aus ihm hervorgehenden Ansprüche verschiedenen Charakter.

Zu den relativen Rechten gehören die Forderungsrechte oder Schuldverhältnisse. Kraft deren ist der Inhaber berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu verlangen (§ 241 BGB.). In der Bestimmung dieses Paragraphen kann man eine Definition des Schuldverhältnisses, man kann in ihr auch nur eine Folgerung aus dem als feststehend angenommenen Begriffe des Schuldverhältnisses sehen[1]). Folgt man der ersten Auffassung, so wird man leicht dazu kommen, Forderungsrecht und obligatorischen Anspruch gleichzusetzen. Nun entspringt jedoch dem Schuldverhältnis eine Fülle von Machtbefugnissen, deren wesentlichste allerdings die in § 241 BGB. bezeichnete ist. Mit Rücksicht darauf dürfte der letzteren Auffassung der Vorzug zu geben sein. Das Schuldverhältnis ist ein „zur Erzeugung von Einzelrechten geeigneter Organismus“[2]) und mit dem schuldrechtlichen Einzelanspruch nicht identisch[3]). Das Schuldverhältnis ist die Quelle des Anspruchs; der Anspruch zeigt nur seine eine Seite, die Macht des Gläubigers auf Unterwerfung des schuldnerischen Willens. Freilich hat die Scheidung lediglich dogmatische Bedeutung; praktisch ist sicher, daß die obligatorischen Ansprüche nach Forderungsgrundsätzen behandelt werden und insbesondere ihre Uebertragung nach den Grundsätzen der §§ 398 ff. BGB. vor sich geht. Der obligatorische Anspruch beruht auf dem relativen Recht in seinem naturgemäßen Zustande, der sich ja gegen eine andere Person, den Schuldner, richtet. Ohne Schuldner kein Schuldverhältnis, ohne Anspruchsgegner kein Anspruch.

Andere Entstehungsgründe hat der dingliche Anspruch. Zunächst kann man nur sagen, daß er dem dinglichen, dem Sachenrechte entspringt. Nun enthalten aber dingliche Rechte in ihrem Ruhezustande keine Beziehungen des Rechtsinhabers zu einer bestimmten Person, sondern bezeichnen ein Herrschaftsverhältnis einer Person zu Sachen, das ein unumschränktes, vollständiges oder ein inhaltlich beschränktes sein kann. Man nimmt freilich vielfach an, daß diese Rechte eine Unzahl von Ansprüchen gegen jedermann enthalten dahingehend, daß kein Dritter die Ruhelage des Sachenrechts, die Stellung des Rechtsinhabers beeinträchtigen dürfe. Doch hat diese Anschauung mit Recht über-

---

1) Planck-Siber, S. 3.

2) Planck-Siber a. a. O.

3) Ebenso Oertmann Sch. V., S. 2; A. T., S 695; Staudinger I, S. 769; v. Tuhr, S. 242; Henle, S. 367; Langheineken, S. 24; Sohm, S. 30; a. A. Biermann, Bürgerl. R. I, S. 109; Enneccerus I, 1, S. 571; Hellwig, Anspr. u. Klagrecht, S. 5; Kipp-Windscheid I, S. 186; Schollmeyer, S. 2. Unklar-Endemann I, S. 452.

wiegend Ablehnung gefunden, denn solche Bündel von Ansprüchen entbehren allzusehr jedes konkreten Inhalts und der Wahrscheinlichkeit, jemals eine greifbare Gestalt anzunehmen[1]). Vielmehr entstehen aus dinglichen Rechten Ansprüche erst im Augenblick der tatsächlichen Störung[2]). Sie richten sich gegen den Störer und zielen auf Wiederherstellung der Ruhelage, nach der die Sachenrechte stets tendieren. Sie erlöschen dem Störer gegenüber nicht nur durch Erfüllung, also z. B. durch Herausgabe der Sache an den Eigentümer, sondern auch durch anderweitigen Wegfall der Störung[3]), so wenn der Besitzer die Sache einem Dritten übergibt. Der Anspruch dinglicher Natur ist damit gegen den Schuldner erloschen; was etwa an seine Stelle tritt, z. B. ein Anspruch auf Schadenersatz oder Wertersatz, ist kein dinglicher Anspruch mehr. Da für das Entstehen eines Anspruchs in den §§ 823, 826 BGB. außer Eigentumsverletzung vom Gesetze Rechtswidrigkeit und Verschulden oder in § 989 BGB. Rechtshängigkeit verlangt wird, handelt es sich in diesen Fällen um Ansprüche schuldrechtlicher Natur, allerdings auf dinglicher Grundlage[4]). Sobald Entstehungsgrund eines Anspruchs nicht n u r das dingliche Recht, das Ziel nicht n u r die Wiederherstellung der Ruhelage ist, liegt kein dinglicher Anspruch mehr vor.

Diese Erwägungen, die auch die der herrschenden Lehre sind, gibt die v. Tuhrsche Begriffsbestimmung wieder: Dingliche Ansprüche sind Ansprüche des Inhabers eines dinglichen Rechts auf Herstellung des seinem Recht entsprechenden tatsächlichen Zustandes[5]).

Nur wenige der im Sachenrecht enthaltenen Ansprüche sind daher dingliche Ansprüche. Die wichtigsten davon sind: der sog. Berichtigungsanspruch (§ 894)[6]), der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache (§ 985) und der Nutzungen (§ 987), die Unterlassungsklage (§ 1004), die Rückgabeansprüche des Eigentümers nach dem Erlöschen von Nießbrauch, Hypothek und Mobiliarpfandrecht (§§ 1055, 1144, 1223 usw.).

Eine hohe praktische Bedeutung kommt insbesondere den Ansprüchen aus §§ 894, 985 BGB. zu; sie werden daher in folgenden besonders berücksichtigt werden.

---

1) Biermann I, S. 109; Endemann, S. 452; Henle, S. 23; Oertmann, Arch., S. 80; v. Tuhr I, S. 243 u. a. A. A. Gierke II, S. 550; Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 25; Langheineken, S. 8.

2) Kipp-Windscheid I, S. 183.

3) Kohler I, S. 179.

4) Hellwig, Lehrb. I, S. 203: „Er (der dingliche Anspruch) wird n u r, aber auch s c h l e c h t h i n dadurch begründet, daß zugunsten eines anderen ein Zustand besteht, der dem vorhandenen dinglichen Rechte widerspricht."

5) v. Tuhr I, S. 246; ähnlich Langheineken, S. 50; Rosenberg, S. 459; Herfurth, S. 7; Mot. III, S. 392 (für das Eigentum).

6) S. auch unten S. 19.

§ 2.

Der Begriff der Zession hat im Laufe der Rechtsgeschichte eine weitgehende Entwicklung durchlaufen, und es bestehen auch heute noch einige Zweifel darüber, auf welche Vorgänge dieses Rechtsinstitut auszudehnen ist.

Das alte römische Recht kannte eine eigentliche Zession nicht. Die obligatio war ein streng persönliches Band zwischen creditor und debitor. Ein Wechsel in der Person des Gläubigers konnte nur unter Mitwirkung des Schuldners in Form der Novation, der Errichtung eines neuen Schuldverhältnisses, vor sich gehen. Später, als die wirtschaftlichen Belange dazu nötigten, daß die Forderung auch ohne den Willen des Schuldners auf einen anderen Gläubiger übergehen konnte, ließ man ein mandatum zur Einziehung der Forderung zu; jedoch war zunächst der Zedent selbst nach der Zession zu Verfügungen über das Recht und zum jederzeitigen Widerruf des Auftrags berechtigt. In der späteren Entwicklung bemühte man sich, den Zessionar möglichst frei und selbständig zu machen; er handelte als unwiderruflich bestellter procurator in rem suam, machte aber immer nur das Recht des Zedenten geltend.

Dem deutschen Recht war der Gedanke des persönlichen Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner fremd; es kannte eine Uebertragung eines Rechts, wenn auch nur mit Zustimmung des Schuldners. Auch nach der Rezeption behielt die deutschrechtliche Auffassung im wesentlichen die Oberhand, und im gemeinen Recht, namentlich in jüngster Zeit, herrschte die Auffassung vor, daß mit der Zession das Gläubigerrecht auf den Zessionar übergehe. Doch behauptet z. B. noch Windscheid[1]), der Zedent bleibe nach der Uebertragung zunächst noch Gläubiger, bis der Zessionar dem Schuldner durch eine Anzeige seinen Willen, ihn als Schuldner zu haben, kundtue.

Jedenfalls faßte man aber auch die „schwächeren" Formen der Rechtsübertragung wie die des procurator in rem suam unter den Begriff der Zession.

§ 3.

Das BGB. hat diese Entwicklung weitergeführt und vollendet. Schon der I. Entwurf[2]) spricht sich mit aller Deutlichkeit gegen die Windscheidsche Auffassung und für den sofortigen Gläubigerwechsel ohne Anzeige an den Schuldner aus. Dieser Standpunkt hat dann auch in § 398 BGB. seine gesetzliche Sanktion gefunden.

§ 398 lautet: Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

---

1) II, S. 369 ff.; actio, S. 125, 141.
2) Mot. II, S. 118.

Wesentlich ist also, daß mit der Abtretung das Forderungsrecht auf einen anderen übergeht, daß der Schuldner einem neuen Gläubiger und nur diesem, nicht mehr seinem bisherigen Gläubiger zu leisten verpflichtet ist. Wenn der Schuldner, der von dem Gläubigerwechsel nichts weiß, an den alten Gläubiger noch mit befreiender Wirkung leisten kann (§ 407 BGB.), so sollte damit nur verhindert werden, daß sich die Stellung des Schuldners durch die Abtretung verschlechtert. Diese Bestimmung trägt Ausnahmecharakter und ändert nichts an der Tatsache, daß der Zessionar allein nunmehr Gläubiger und der Zedent aus dem Schuldverhältnis ausgeschieden ist.

Diesem abstrakten Vorgang der Rechtsübertragung entspricht in der Regel auch der von den Parteien erstrebte wirtschaftliche Zweck, das kausale Verhältnis, d. h. die Parteien wollen tatsächlich, daß der Zessionar Inhaber des Forderungsrechts wird und frei darüber verfügen kann.

Andererseits kann die Stellung der Parteien im Innenverhältnis eine andere sein, ohne daß die Wirksamkeit der Uebertragung nach außen darunter leidet. Möglich sind hier besonders zwei Fälle, deren Unterschiede in den verschiedenen Interessenlagen begründet sind, die Inkasso- und die Sicherungszession. Bei der ersteren will der Veräußerer dem Erwerber nach außen hin die unabhängige Stellung eines Zessionars zum Zwecke der Einziehung der Forderung verleihen, im Innenverhältnis soll jedoch der Zedent als wahrer Gläubiger angesehen werden. Bei der Zession zu Sicherungszwecken findet die Uebertragung im Interesse des Erwerbers zu seiner Sicherung für einen ihm zustehenden Anspruch statt. Der Erwerber bleibt jedoch zur Rückübertragung nach Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes, seiner Befriedigung, verpflichtet. Beide Male hat der Erwerber nach außen hin die Macht, über die Forderung weiter zu verfügen, selbst durch vertragswidrige Einziehung, Stundung, Erlaß und dgl. Dem Veräußerer gegenüber kann er sich freilich dadurch ersatzpflichtig machen.

Dieser Vorgang, daß zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes eine über diesen Zweck hinausgehende Rechtsverschiebung vorgenommen wird, ist in § 223 BGB. als gesetzlich anerkanntes Mittel erwähnt. An der Zulässigkeit dieser fiduziarischen Abtretung bestehen heute kaum noch Zweifel. Die von mancher Seite geäußerten Bedenken[1]), die im wesentlichen auf prozessualem Gebiete liegen, und die in der Befürchtung, die schuldnerische Stellung könne verschlechtert werden, ihren Grund haben, greifen nicht durch. Schöninger behauptet, die Lage des Schuldners werde dadurch verschlechtert, daß der Zedent als Zeuge, und zwar als eidlich vernommener, für den Bestand seiner eigenen Forderung auftreten, oder zur Erlangung des Armen-

[1]) Ausführlich Schöninger, S. 163 ff.

rechts eine insolvente Person als Partei vorschieben könne; daß ferner Personen, die sich gewerbsmäßig mit dem Einzug von Forderungen befaßten, durch die Sicherungszession der Gefahr der Zurückweisung aus § 157, II. ZPO. entgingen[1]). Nun sind durch die ZPO.-Novelle von 1909[2]) zwei dieser begründeten Bedenken beseitigt worden, denn nach § 393 Nr. 4 ZPO. braucht jetzt der Zedent als Zeuge nicht mehr eidlich vernommen zu werden, und nach § 157, II., *2* ZPO. können nunmehr die erwähnten Personen auch dann zurückgewiesen werden, wenn ihnen die betreffende Forderung zediert ist. Die Frage des Armenrechts dürfte allerdings bei der Prozeßpartei, also dem Zessionar, nicht dem Zedenten, zu prüfen sein; wenn jedoch lediglich zur Erlangung des Armenrechts eine fiduziarische Zession vorgenommen wird, so ist diese als in fraudem legis nichtig[3]).

Die rechtspolitischen Bedenken dürften damit zum größten Teil beseitigt sein. Auf der anderen Seite besteht ein starkes Bedürfnis nach dieser Rechtsfigur. An der Ernstlichkeit des Parteiwillens besteht kein Zweifel, da die gewählte Form den Absichten der Parteien durchaus entspricht. Ein simuliertes Rechtsgeschäft nach § 117 BGB. liegt daher nicht vor[4]).

War bei der fiduziarischen Zession der Zessionar Rechtsinhaber geworden, so ist noch eine andere Form der Uebertragung oder Ueberlassung denkbar, bei der das Recht seiner Substanz nach bei dem Uebertragenden bleibt. Es findet hier ein Vorgang derart statt, daß das Recht und dessen Ausübung in der Hand verschiedener Personen liegen, sei es nun, daß dem Rechtsinhaber neben dem Ausübungsberechtigten die Ausübung zusteht oder nicht. Wenn der Ausübungsberechtigte im Namen des anderen vorgeht, so spricht man von Vollmacht. Handelt er im eigenen Namen, so bezeichnet man dies vielfach als Ermächtigung[5]). Bei dieser Rechtsfigur sind nun wieder verschiedene Erscheinungsformen denkbar, die hier zunächst nur angedeutet werden sollen:

1. Der Rechtsinhaber ist nach außen, Dritten gegenüber, nicht in der Lage, sein Recht geltend zu machen.
2. Er kann dies zwar, macht sich aber dadurch im Innenverhältnis dem Ermächtigten gegenüber ersatzpflichtig.
3. Die Geltendmachung durch den Rechtsinhaber ist schlechthin zulässig.
4. Der Schuldner ist zur Leistung an den Ermächtigten nur berechtigt, nicht verpflichtet.

---

1) S. 174 f.
2) Schöningers Aufsatz stammt aus dem Jahre 1905.
3) Schott, S. 83.
4) Schmidt, S. 241.
5) Enneccerus I, 2, S. 251, spricht von Einziehungsermächtigung.

5. Der Schuldner muß a u c h dem Ermächtigten leisten.
6. Der Schuldner muß n u r i h m leisten.

Bei all diesen Abwandlungen handelt es sich, streng genommen, um keinen Abtretungsvorgang mehr, denn das typische Kennzeichen der Abtretung, der Wechsel in der Person des Rechtsinhabers, den § 398 BGB. verlangt, liegt hier nicht vor. Selbst wenn der Rechtsinhaber sein Recht nicht mehr gegen Dritte angriffsweise geltend machen kann, ist nur ein Wechsel in der Ausübungsbefugnis eingetreten, der das Recht als Substanz unberührt läßt. Diesen Vorgang als Abtretung zu bezeichnen, liegt nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes kein Anlaß vor. Auch der Ausdruck „abgeschwächte Zession", der im Anschluß an Beseler[1]) gelegentlich gebraucht wird, dürfte besser zu vermeiden sein.

§ 4.

Damit sind die beiden Begriffe, deren Klarstellung für die kommende Untersuchung als Grundlage unerläßlich ist, in kurzen Zügen umrissen. Bei der weiteren Behandlung scheidet somit einerseits der unselbständige Uebergang der dinglichen Ansprüche zugleich mit dem dinglichen Rechte aus, denn hierzu bedarf es nur der Beobachtung der Vorschriften über die Uebertragung des Sachenrechts, dem dann die aus ihm fließenden Ansprüche ohne weiteres folgen. Andererseits bleibt zunächst der soeben geschilderte Vorgang der Ueberlassung der Ausübung außer Betracht, da er in Wahrheit keine Abtretung darstellt.

Das Thema läßt sich also dahin präzisieren: Sind dingliche Ansprüche von dem zugrundeliegenden Sachenrecht dergestalt durch Rechtsgeschäft trennbar, daß dem Rechtsinhaber der Anspruch nicht mehr zusteht?

Gleichgültig ist dabei, ob diese Trennung von Sachenrecht und Anspruch in der Weise erfolgt, daß der Anspruch auf einen anderen übergeht, während das Recht in der bisherigen Hand verbleibt, oder in der Weise, daß das Recht übertragen wird, dem Veräußerer aber der Anspruch noch zusteht.

---

[1]) ArchZivPr. 110, 117.

2. Abschnitt.

Die Frage der Abtretbarkeit.

§ 5.

Es wird zunächst festzustellen sein, ob etwa das Gesetz selbst schon eine Antwort auf die gestellte Frage im bejahenden Sinne gibt. Dies wird vielfach behauptet und zum Beweise dafür werden die Vorschriften der §§ 413, 255, 281, 870, 931, 990, 1052, 1205 BGB., 265 ZPO. herangezogen. Gehen wir im folgenden auf die einzelnen Gesetzesvorschriften ein.

Nach § 413 BGB. finden die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Nun kann man zunächst mit Gierke[1]) darauf hinweisen, daß der Anspruch als solcher kein von dem Mutterrechte inhaltlich verschiedenes Recht ist. Im übrigen ist die Bestimmung, abgesehen selbst von der Schlußklausel, ganz unbestimmten Charakters, und gibt darüber, ob die betreffenden Rechte ihrer Natur nach übertragbar sind, keine Auskunft.

§ 255 BGB. lautet: Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadenersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen.

Welche Ansprüche gegen Dritte auf Grund des Eigentums oder des Rechtes an der Sache nach dieser Vorschrift abzutreten sind, ist im einzelnen lebhaft bestritten.[2]) Einstimmigkeit besteht jedenfalls darüber, daß die dinglichen Ansprüche hierunter fallen. Wie schon die Ueberschrift des 4. Titels Abschnitt 3 des Sachenrechts ergibt, gehören zu den „auf Grund des Eigentums" zustehenden Ansprüchen die „Ansprüche aus Eigentum", und damit auch der Herausgabeanspruch des § 985 BGB. Ob es sich in

---

[1]) III, S. 54.

[2]) S. darüber die Angaben bei Planck-Siber, S. 110 ff. und Oertmann, Vorteilsausgl., S. 286 ff.

§ 255 um eine Abtretung der dinglichen Ansprüche zusammen mit dem Rechte oder um eine selbständige Abtretung handelt, sagt das Gesetz selbst nicht; aus dem Wortlaut läßt sich darüber nichts entnehmen.

Man könnte für die selbständige Abtretbarkeit ins Feld führen, daß das Gesetz nur von einer Abtretung der Ansprüche redet und eine solche des Rechts selbst durch Hinzutreten der sachenrechtlichen Einigung nicht verlangt.[1]) Jedoch hatte das Gesetz an dieser ganz allgemein gefaßten Stelle keinen Anlaß, über diese für die vorliegende Arbeit bedeutsame Frage zu entscheiden. Es sind denn auch die Meinungen durchaus geteilt, und man kann wohl sagen, daß die jetzt noch herrschende Lehre für § 255 BGB. die gleichzeitige Abtretung des Rechts verlangt.[2]) Diese Auffassung entspricht auch dem Ausgleichsgedanken der Schadenersatzlehre; wenn der durch den Besitzverlust geschädigte Eigentümer den Schädiger auf den Wert der Sache in Anspruch nimmt, so muß er dem anderen seine Eigentumsrechte überlassen, da er sonst den Sachwert und das — allerdings zur Zeit wirtschaftlich wertlose — Eigentum hätte. Mit der Abtretung soll möglichst eine endgültige Regelung erzielt werden; es ist für den Geschädigten ungünstig, wenn er später, im Falle der Wiedererlangung der Sache, zur Rückzahlung des empfangenen Geldes verpflichtet ist. Will er die Sache, die vielleicht für ihn einen besonderen persönlichen Wert hat, nicht endgültig aufgeben, so stehen ihm andere Mittel zu Gebote. Er kann z. B. eine geringere Schadenersatzforderung unter Abschätzung des Minderwertes der Sache geltend machen, oder dem Ersatzpflichtigen durch Vollmachterteilung Gelegenheit geben, sich um die Wiedererlangung der Sache zu bemühen.

Daß § 281 BGB. beweiskräftig ist, ist anscheinend von keiner Seite näher darzutun versucht worden. Es liegt hier ähnlich wie im Falle des § 255 BGB. Das Gesetz redet nur allgemein von der Abtretung von Ersatzansprüchen, ohne eine Bestimmung darüber treffen zu wollen, ob das zugrundeliegende Recht abgetreten werden soll.

Ebensowenig wie diese Vorschrift ist § 931 BGB. für die Beantwortung der gestellten Frage von Bedeutung. Im Falle des § 931 BGB. findet eine Trennung von Eigentum und Eigentumsanspruch gerade nicht statt, vielmehr dient der Herausgabe-

---

1) Oertmann, ArchZivPr., S. 72; Planck-Siber, S. 113; Heesen, S. 28.

2) Dernburg II, S. 94; Kipp-Windscheid II, S. 72; Planck II, 3. Aufl., S. 30; RGRKomm. I, S. 421; Fischer, S. 255; Horn, S. 101; Maenner, S. 221; Schulz, S. 108; v. Tuhr, KrVSchr., S. 86; RG. S. 59, 371. A. A.: Oertmann, Schuldv., S. 62; Vorteilsausgleichung, S. 300 ff.; Schollmeyer, S. 48; Planck-Siber, S. 113; Rümelin, KrVSchr., S. 223; Warneyer II, S. 195; Raape, S. 120. Zweifelnd: Staudinger II, 1, S. 87.

anspruch nach dem Wortlaut der Vorschrift als Mittel zur Uebereignung, mit Abtretung des Anspruchs geht das Eigentum über.[1])

§ 990 S. 2 BGB. deutet nur daraufhin, daß der Schuldner eines dinglichen Anspruchs in Verzug kommen kann, daß also dingliche Ansprüche insoweit nach Forderungsgrundsätzen behandelt werden. Diese Vorschrift ist bei der inneren Verwandschaft von dinglichen und obligatorischen Ansprüchen durchaus verständlich, läßt aber noch keinen Schluß darauf zu, ob beide auch hinsichtlich der Abtretung gleich behandelt werden müssen.

Die Vorschrift des § 1032 BGB. dient Oertmann[2]) in erster Linie zum Beweise seiner Anschauung. Zur Bestellung des Nießbrauchs trete der Eigentümer seinen dinglichen Herausgabeanspruch gegen den Drittbesitzer ab. Der Nießbraucher sei alleiniger Inhaber des Anspruchs, bis dieser durch Erfüllung, also durch Besitzerlangung, erlösche. Es trete also hier, da dem Eigentümer selbst kein Anspruch mehr zustehe, eine Trennung von Recht und Anspruch ein. Oertmann widerlegt dann die, wie er meint, einzig möglichen Erklärungen dieses Vorgangs, die von gegnerischer Seite versucht worden seien, bezw. werden könnten. U. a. wendet er sich[3]) gegen Maenner, der der Ansicht ist[4]), es handele sich bei § 1032 BGB. wie in allen Fällen der Uebertragung des Eigentumsanspruchs nur um eine Abtretung zur Geltendmachung. Nach Oertmann wird damit auch eine nur „entsprechende Anwendung" des § 931, wie sie § 1032 verlangt, abgelehnt; der Eigentümer behalte seinen Anspruch, könne gleichfalls gegen den Drittbesitzer vorgehen und so das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß gerade die Maennersche Auffassung durchaus eine entsprechende Anwendung des § 931 BGB. bedeutet. Der Zustand, daß der Eigentümer gegen den Drittbesitzer während der Dauer des Nießbrauchs keinen Anspruch hat, wäre sehr unerwünscht; der Eigentümer wäre dann nicht mehr in der Lage, die Sache nach § 931 BGB. zu veräußern, und diese Möglichkeit muß ihm unbedingt erhalten bleiben[5]). Um dem Nießbraucher den unmittelbaren Besitz zu verschaffen, genügt es völlig, daß er den fremden Anspruch geltend machen darf. Vor einem Vorgehen des Eigentümers schützt ihn der § 986 BGB.; übrigens kann er dann auch den Eigentümer aus dem Kausalverhältnis in Anspruch nehmen. Wenn der Drittbesitzer die Sache dem Eigentümer zurückgibt, so verhindert dies auch nach

---

1) So auch Volmer, S. 636.
2) ArchZivPr., S. 57 ff.
3) S. 60.
4) S. 221.
5) So auch Heesen, S. 27, der im übrigen der Oertmannschen Auffassung folgt.

der Oertmannschen Auffassung nicht, daß die rei vindicatio erlischt.

Der § 1032 ist also gleichfalls nicht beweiskräftig[1]).

Aus der ähnlichen Bestimmung des § 1205, II BGB. läßt sich gleichfalls nichts entnehmen. Hier ist nicht einmal von einer entsprechenden Anwendung des § 931 die Rede, sondern von der Uebertragung des mittelbaren Besitzes, von der § 870 BGB. handelt. Nach dieser Vorschrift kann die Uebertragung des Mittelungsbesitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs vor sich gehen. Zu den Besitzmittelungsverhältnissen des § 868 gehören nun allerdings auch dingliche Beziehungen auf Grund von Nießbrauch und Pfandrecht. Genau so wenig, wie aber der Vindikationsgegner „auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet" ist, bilden die dinglichen Ansprüche aus den §§ 1055, 1223 BGB. die Grundlage für die Besitzmittelung; diese Beziehung schaffen vielmehr die zugrundeliegenden obligatorischen Ansprüche zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger[2]). Die Abtretung in § 870 BGB. bezieht sich also nicht auf dingliche Ansprüche[3]).

Oertmann glaubt sich zum Beweise seiner Auffassung weiter auf § 265 ZPO. stützen zu können. Nach dieser Vorschrift können die Prozeßparteien auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit die in Streit befangene Sache veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abtreten. Oertmann meint nun, zu diesen Ansprüchen gehörten in erster Linie die dinglichen, denn „das rein schuldrechtliche Leistungsbegehren, z. B. des Käufers, Darleihers, macht seinen Gegenstand noch nicht zu einem streitbefangenen"[4]). An diesem Satze ist so viel richtig, daß z. B. bei der Klage des Käufers auf Uebergabe nicht der Kauf als ganzes Schuldverhältnis streitbefangen ist; wohl aber ist es der schuldrechtliche Einzelanspruch aus § 433 BGB. Gerade diese Ansprüche sind die „geltendgemachten Ansprüche" des § 265 ZPO. und fallen unter die zweite Alternative, so daß also die Gegenüberstellung: Veräußerung der Streitsache und Abtretung des geltend gemachten Anspruchs schon daher ihren Sinn hat. Inwieweit Ansprüche und insbesondere die dinglichen Ansprüche ohne das Mutterrecht abtretbar sind, sagt § 265 ZPO. nicht[5]). Er hat somit keine Bedeutung für die Beantwortung des Themas.

---

1) Dies geben auch Heesen, S. 27, und Raape, S. 120, zu.

2) Wolff, S. 23.

3) Ebenso Rosenberg, S. 117 f.; 150 (mit weiteren Literaturangaben); Wolff, S. 23, 37; Maenner, S. 127, 134; Turnau-Förster, S. 89; Cosack II, 1, S. 31; Last, S. 76. Ebenso auch Oertmann, Arch., S. 62, mit der Einschränkung: „in der Regel".

4) S. 61.

5) Wolff, S. 277.

Nach den vorstehenden Ausführungen dürfte der Beweis erbracht sein, daß das Gesetz uns nicht dazu zwingt, die Frage nach der Abtretbarkeit der dinglichen Ansprüche schlechthin zu bejahen. Weiter werden für die Abtretbarkeit rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Momente angeführt, auf die im folgenden näher einzugehen ist.

Auf die historische Entwicklung beruft sich in erster Linie Oertmann[1]). Allerdings hielt man vor Inkrafttreten des BGB. ganz überwiegend die rei vindicatio und damit also die dinglichen Ansprüche schlechthin für abtretbar. Es stand bis 1900 insofern anders, als ein Eigentumserwerb durch Einigung und Abtretung der vindicatio, wie wir ihn heute in § 931 BGB. haben, für ausgeschlossen galt. Die Abtretung der rei vindicatio hatte, soweit sie zum Zwecke der Uebereignung stattfand, nur den Zweck, dem Zessionar den Besitz und damit das Eigentum zu verschaffen. Eigentum wurde jedoch erst mit Besitzerlangung erworben. In der Zeit von der Abtretung bis zum Eigentumserwerb des Zessionars befanden sich also Eigentum und vindicatio tatsächlich in verschiedenen Händen.

Wie bereits oben dargetan[2]), waren jedoch die Begriffe des Anspruchs und besonders der Abtretung noch nicht völlig fest entwickelt, die Ausdehnung war noch flüssig. Einen guten Ueberblick über den damaligen Stand der Meinungen gibt uns die überaus gründliche Schrift von Stampe, die sich allerdings auch nur mit der Abtretbarkeit der rei vindicatio befaßt. Wenn auch alle dort zitierten Autoren und Gerichte von der Abtretbarkeit ausgehen, so wollen doch viele die Stellung des Zessionars in weitgehender Weise eingeschränkt wissen.

Nach der einen Gruppe von Schriftstellern, besonders Ihering[3]) und Kohler[4]), ist der abgetretene Anspruch ständig von dem Bestande des Rechtes in der Hand des Zedenten abhängig; durch Verzicht oder Eigentumsverlust des Zedenten geht er unter. Konstruiert wird dieser Vorgang als Recht des Zessionars auf Ausübung des dem Zedenten zustehenden — also eines dem Zessionar fremden — Klagerechts[5]).

Andere wieder nehmen Erwerb eines eigenen Klagerechts, eines eigenen Anspruchs in der Person des Zessionars an, und halten in Verfolg dessen selbst seine Klage gegen den wieder in Besitz gelangten Eigentümers für zulässig[6]).

---

1) Oertmann, Arch., S. 56; ebenso Goldmann, S. 514.
2) Vgl. oben S. 7, 10.
3) IherJ. I, S. 110 ff.
4) GrünhutsZ., S. 12 f. Weitere Angaben s. bei Stampe, S. 338.
5) Ihering a. a. O. S. 109.
6) Stampe und die bei ihm S. 351 Zitierten.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vor 1900, die in der amtlichen Sammlung veröffentlicht worden ist[1]), die Zession dinglicher Ansprüche für statthaft erklärt, jedoch mit der Maßgabe:

> „Die regelmäßige Folge einer derartigen Zession ist, daß nicht das dingliche Recht als solches, sondern nur dessen Ausübung übertragen wird, daß ersteres bei dem Berechtigten zurückbleibt."

Es kann hier nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden, vielmehr soll nur an den äußersten Gegenmeinungen gezeigt werden, daß der damalige Meinungsstreit sich größtenteils auf ganz anderen Grundlagen bewegte, und einige Folgerungen zeitigte, die nach geltendem Rechte nicht mehr vertreten werden können. Man darf wohl sagen, daß es sich bei der Iheringschen Auffassung nicht mehr um eine Abtretung im Sinne des § 398 BGB. handelt, und daß andererseits die Richtung der vindicatio gegen den Eigentümer eine begriffliche Unmöglichkeit darstellt. Jedenfalls kann, da die damals recht flüssigen Begriffe „dinglicher Anspruch" und „Abtretung" erst im BGB. festgelegt und abgegrenzt sind, die Auffassung der gemeinrechtlichen Lehre nicht als Argument für die Beantwortung des Themas nach geltendem Recht herangezogen werden. Auch die Ansicht der Motive[2]) von 1888, die die vindicatio für zessibel halten, ist hierfür nicht von entscheidender Bedeutung.

§ 7.

Weiterhin wird für die Abtretbarkeit geltend gemacht, daß erhebliche wirtschaftliche Bedürfnisse vorhanden seien, die sich besonders bei dem Eigentumsanspruch und dem Berechtigungsanspruch zeigten. Die Stellung des Zessionars müsse hier tunlichst unabhängig von der des Rechtsinhabers gestaltet werden[3]), und dies lasse sich nur durch Zession erreichen.

Erwähnt sei hier noch, daß der praktisch sehr bedeutsame Berichtigungsanspruch zweifellos, soweit es sich um Buchung dinglicher Rechte handelt, zu den dinglichen Ansprüchen gehört. Der Tatbestand des § 894 BGB. verlangt einen Zwiespalt zwischen dem wahren Bestande eines Sachenrechts und dem nach außen hervortretenden Rechtsschein[4]); die Beseitigung dieses Zwiespalts und Herbeiführung der Uebereinstimmung zwischen „Buchstand"

---

[1]) RG. 27, 154.

[2]) III, S. 400.

[3]) Oertmann, S. 70.

[4]) Die Bezeichnung „Berichtigungsanspruch" ist an sich ungenau, da Inhalt des Anspruchs aus § 894 BGB. die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, nicht aber der publizistische Anspruch gegen das Grundbuchamt auf Eintragung selbst ist; jedoch wird im Interesse der Klarheit weiterhin der allgemein übliche Ausdruck verwandt.

und „Sachstand" ist Ziel dieses Anspruchs. Diese Ansicht wird heute in der Literatur kaum noch bestritten[1]).

Einige besonders häufige Fälle sind folgende:

Der Eigentümer, der sich nicht im Besitze der Sache befindet, will einem anderen ein dingliches oder obligatorisches Recht verschaffen, zu dessen Entstehen Besitz des Erwerbers erforderlich ist. Hier empfiehlt es sich, dem Erwerber, der selbst das überwiegende Interesse an der Besitzerlangung hat, sei es zum Rechtserwerb oder zur Verstärkung seiner Rechtsstellung, den Herausgabeanspruch abzutreten, damit er ihn geltend macht.

Oder: Der Grundstückskäufer K. will sich bereits vor der — vielleicht durch irgendwelche Ereignisse verzögerten — Eintragung in den Besitz des Grundstücks setzen, den bisher ein Dritter innehat. Hierzu bedarf er des Eigentumsanspruchs des Verkäufers V.

Weiter: Die Eintragung hat bereits stattgefunden, doch sind im Grundbuch einige erloschene Belastungen nicht gelöscht, zu deren Löschung V. nach § 435 BGB. verpflichtet ist. Ferner war eine Parzelle, die zu dem übereigneten Grundstücke gehören sollte, irrtümlich auf den Namen eines Dritten gebucht, also mangels Eintragung noch im Eigentum des V. geblieben, dem somit noch der Berichtigungsanspruch zusteht. Hier hat K. ein Interesse daran, sich den Anspruch von V. abtreten zu lassen, ebenso wie umgekehrt im vorigen Falle V. von K.

Noch bedeutsamer als für den rechtsgeschäftlichen Verkehr ist die Abtretbarkeit für den pfändenden Gläubiger. Will dieser gegen einen nicht eingetragenen Grundstückseigentümer vorgehen, so muß er dessen Berichtigungsanspruch pfänden, und Forderungen sind nach § 851 ZPO. im allgemeinen nur soweit pfändbar, als sie übertragbar sind.

Daß hier ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht und ein Weg zur Befriedigung dieses Bedürfnisses gefunden werden muß, ist zuzugeben. Ebenso ist zuzugeben, daß die Annahme der Abtretbarkeit eine Abhilfe für diese Notlage schafft. Andererseits wird noch weiter unten zu erwägen sein, inwiefern eine Trennung von Sachenrecht und dinglichem Anspruch zu Mißständen führen kann, und inwieweit auch andere Rechtsfiguren diesem Bedürfnis Genüge tun können.

§ 8.

Haben m. E. die Anhänger der Abtretbarkeit keine überzeugenden Argumente für ihre Auffassung vorbringen können, so stehen andererseits ihrer Lehre schwerwiegende Bedenken ent-

---

1) Gierke II, S. 344; Crome, S. 156; Kohler II, 2, S. 86; Biermann, S. 124; Planck-Strecker, S. 232; Rosenberg, S. 458 und viele andere. A. A. nur Du Chesne, DNotV. 12, 463.

gegen. Diese sind teilweise schon in der Rechtssystematik begründet.

Schuldrecht und Sachenrecht stehen ihrem Wesen nach in einem inneren Gegensatz. Das Schuldrecht ist das Recht des Verkehrs, der Beziehungen von Person zu Person. Seine Tendenz geht auf Fortentwicklung, es strebt nach der Erfüllung. Seine wesentlichste Funktion ist daher der obligatorische Anspruch. Das Sachenrecht dagegen ist Herrschaftsrecht, es zielt nicht auf Entwicklung, sondern ist bestrebt, im Ruhestande zu verharren. Wird es aus diesem gedrängt, so strebt es kraft seines Beharrungsvermögens dahin, diese Ruhelage wieder zu erreichen: das Mittel, das dieser Tendenz dient, ist der dingliche Anspruch. Dieser Anspruch kann rechtlich nur durch das Bestehen anderer dinglicher Rechte ausgeschlossen werden, z. B. der Eigentumsanspruch durch das Besitzrecht des Nießbrauchers aus § 1036 oder durch Besitzrechte im Sinne des § 986 BGB. Bestehen solche Schranken nicht, so ist das Sachenrecht stets bestrebt, seinen Ruhezustand zu erreichen, und diesem Bestreben könnte nicht Genüge getan werden, wenn der Rechtsinhaber sich seines Anspruchs entäußern könnte.

Du Chesne[1]) bezeichnet daher die Trennung von dinglichem Recht und Anspruch als begrifflich undenkbar.

Diese rechtsdogmatischen Bedenken sind von keinem der Gegner beseitigt worden. Schon in der gemeinrechtlichen Lehre waren die gleichen Erwägungen aufgetaucht. So sagt Dernburg[2]): „Die dingliche Klage dagegen bleibt stets Ausfluß des zugrunde liegenden dinglichen Rechts und kann ohne dieses nur der Ausübung nach übertragen werden", um dann freilich aus praktischen Gesichtspunkten sogar die Klage gegen den Eigentümer zuzulassen. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Kohler[3]) jedoch auch nur aus einer „Notlage" heraus, im Widerspruch mit der Rechtslogik.

§ 9.

Weiterhin stehen der gegnerischen Auffassung einmal die Gesetzesvorschriften über die Zession entgegen. § 398 S. 2 BGB. sagt, daß der Erwerber der Forderung an die Stelle des bisherigen Gläubigers trete, der Veräußerer aus dem Schuldverhältnis ausscheide. Es ist jedoch zu bedenken, daß der dingliche Anspruch sich in seinem weiteren Bestande naturgemäß stets nach dem Sachenrechte richtet. Der Anspruch erlischt möglicherweise ohne jedes Dazutun des „Zessionars"; der Rechtsinhaber hat nach wie vor einen Einfluß auf die Gestaltung des Anspruchs. So gehört z. B. zu den Voraussetzungen des Eigentumsanspruchs, daß der

1) ArchBürgR. 36, 52.
2) System d. Römischen Rechts, S. 385.
3) Kohler in Grünhuts Z. 14, 12.

Anspruchsgläubiger Eigentümer ist. Fällt diese Voraussetzung etwa durch Verzicht auf das Eigentum oder Veräußerung fort, so fehlt damit auch dem Rechte des „Zessionars", dessen Anspruch ja Ausfluß des Rechts des „Zedenten" ist, das wesentlichste Tatbestandsmerkmal; der Anspruch erlischt. Ebenso erlischt er, wenn der Eigentümer die Sache von dem Besitzer annimmt[1]), selbst wenn er sich damit aus dem Kausalverhältnis schadenersatzpflichtig macht. Da die Leistung an den Rechtsinhaber die Erfüllung des dinglichen Anspruchs bedeutet — selbstverständlich vorbehaltlich aller etwaigen Ersatzansprüche gegen den Anspruchsschuldner, „qui dolo desiit possidere" —, so kann man nicht sagen, daß der Eigentümer nicht mehr Gläubiger des Anspruchs ist. Diese Tatsachen lassen sich auch weiter mit der grundlegenden Bestimmung des § 407 BGB. nicht vereinen[2]). Der Schuldner, der an den Eigentümer in Kenntnis der „Abtretung" geleistet hat, ist dem Anspruche aus § 985 BGB. nicht mehr ausgesetzt, da er nicht mehr Besitzer, also nicht mehr passiv legitimiert ist.

In Verbindung mit ähnlichen Erwägungen wirft Kohler[3]) dem Gesetze eine ungenaue Ausdrucksweise vor: „Der Anspruch aus dem Eigentum geht nicht auf Herausgabe, sondern darauf, daß der Besitzer aufhört zu besitzen, so daß der Eigentümer die Sache wieder in Besitz nehmen kann . . . Der Besitzer wird dadurch, daß er aufhört zu besitzen, vom Anspruch frei; er wird frei ohne Zutun des Eigentümers."

§ 10.

Die vorstehenden Ausführungen begriffsmäßiger Natur dürfen selbstverständlich nicht mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens in Widerspruch stehen. Wäre dies der Fall, so müßte man u. U. „aus der Notlage heraus" entweder das Gesetz in einem weiteren Sinne auslegen oder den wirtschaftlichen Belangen zuliebe die Geschlossenheit der Rechtssystematik opfern, wie es schon Dernburg und Kohler für das gemeine Recht tun zu müssen glaubten. Bevor man dazu gelangt, ist jedoch zunächst zu prüfen, ob nicht den erstrebten Vorteilen auch Nachteile rechtspolitischer Art entgegenstehen. Diese sind mit der Annahme der Abtretbarkeit zweifellos verbunden. Wenn der Rechtsinhaber seinen Anspruch veräußern kann, so ist er selbst nicht mehr in der Lage, sein Recht gegenüber dem Anspruchsschuldner durchzusetzen; sein Recht ist schutzlos. Damit träte der sehr unerwünschte Zustand eines nudum ius ein, den man im allgemeinen ängstlich aus der Welt zu schaffen bemüht ist. Dieser Zustand würde auch

---

[1]) v. Tuhr I, S. 267. Die gleichen Erwägungen stellt Wolff für den Berichtigungsanspruch an. S. 131.

[2]) S. v. Tuhr, Unwiderrufl. Vollm., S. 85; Sohm, S. 30.

[3]) I, S. 179.

nicht durch den Willen des Rechtsinhabers herbeigeführt werden[1]). Ein Zurückgreifen auf das Kausalverhältnis mit dem „Zessionar" schafft nur unvollkommenen Schutz. Uebrigens wird auch ein solches nicht stets vorhanden sein. Zumal bei Pfändungen ist der „Zedent" völlig schutzlos; hier ist sein Recht während der Pfändung des Anspruchs unausübbar.

Nimmt man aber an, daß außer dem übergegangenen Anspruch dem Rechtsinhaber noch ein Anspruch verbleibt, also eine Vervielfältigung eintritt, so werden zwar die geschilderten Nachteile vermieden, jedoch ist es verfehlt, dann noch von Abtretung zu reden. Wenn Rosenberg dies tut[2]), so übersieht er, daß das Gesetz eben nur das, was er „privative Abtretung" mit Wechsel der Gläubigerschaft nennt, in § 398 S. 2 BGB. als Abtretung bezeichnet. Seine „vervielfältigende Abtretung" mit dem Ergebnis, daß der Schuldner sich einer Mehrheit von Gläubigern gegenübersieht, stellt sich als anderer Rechtsvorgang, nicht mehr als Abtretung dar. Es ist dies auch keine „beschränkte Zession" oder gar die „reinste und echteste Uebertragung, wie sie nur denkbar ist", wie Goldmann[3]) und Krückmann[4]) bei der Zession des Berichtigungsanspruchs behaupten.

§ 11.

Die gemachten Ausführungen haben uns das Ergebnis gebracht, daß die dinglichen Ansprüche nicht abtretbar sind. Die Ansichten in der Literatur sind hierüber sehr geteilt. Die hier vorgetragene Anschauung wird zunächst ausdrücklich von einer Gruppe vertreten, zu der folgende gehören:

> v. Tuhr I, S. 266; Unwiderrufl. Vollmacht, S. 86; Sohm, S. 30; Wolff, S. 277; Maenner, S. 221; Kohler I, S. 178; Mayer, S. 297; Volmer, S. 636.

Einige andere befassen sich nur mit der Abtretbarkeit der Ansprüche aus den §§ 985 und 894 BGB. und verneinen diese; ihre Ausführungen haben jedoch ebenso für die dinglichen Ansprüche schlechthin Geltung.

> Cosack II, 1, S. 161; Henle, S. 24, und Last, S. 77.

Hierher gehört wohl auch Walsmann[5]), der darlegt, daß man nicht mit dinglicher Wirkung auf den Eigentumsanspruch und den Berichtigungsanspruch verzichten könne.

Demgegenüber steht die überwiegende Lehre, deren Vertreter freilich auch großenteils die hier gestellte Frage nicht ausdrücklich bejahen, aber den Berichtigungs- und den Eigentumsanspruch und damit grundsätzlich die dinglichen Ansprüche für abtretbar halten.

---

1) v. Tuhr I, S. 266; Wolff, S. 277.
2) S. 463.
3) S. 512.
4) S. 378.
5) S. 82.

Hier sind zu nennen:

> Crome III, S. 160; Dernburg, Röm. R., S. 385; Endemann II, S. 578, 582; Gierke III, S. 206; Kipp-Windscheid II, S. 395; Mot. III, S. 400; Oertmann, Schuldverh., S. 329; Arch., S. 76; Raape, IherJ. 71, 120; Staudinger-Kober III, 1, S. 582; Turnau-Förster I, S. 98, 508; Oberneck I, S. 423; Goldmann, S. 515; Heesen, S. 29; Kaemmerer, S. 16 (mit Einschränkung).

Für die vindicatio nehmen sachlich ungefähr den hier vertretenen Standpunkt ein: Planck-Strecker und der Lehrkommentar von Loewenwarter, letzterer in Uebereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts. Wenn es bei Planck-Strecker[1]) heißt:

> „Aehnlich wie im römischen Recht überhaupt, ist die Zession der Vindikation auch nach heutigem Recht nicht Verfügung über das Recht des Eigentümers, sondern sie überträgt lediglich die Ausübung seines Rechts",

so wird damit eine weitgehende Einschränkung gemacht, die allerdings im Kommentar noch als Zession bezeichnet wird, während unserer Meinung nach hier von Abtretung nicht mehr die Rede sein kann.

Loewenwarter[2]) sagt, die vindicatio sei „der Vollabtretung entzogen"; eine Abtretung sei vielmehr „lediglich im Rahmen einer Ermächtigung (§ 185, I, BGB.) möglich".

In diesem Zusammenhang ist noch näher auf die höchstrichterliche Rechtsprechung einzugehen, die sich naturgemäß meist nur mit der Frage der Zession des Berichtigungsanspruchs und des Eigentumsanspruchs zu befassen hatte und hier einige Wandlungen durchgemacht hat. Lediglich die oben[3]) erwähnte Reichsgerichtsentscheidung, Bd. 27, S. 154, erklärte die Zession der dinglichen Ansprüche schlechthin für statthaft, allerdings auch nur im Sinne einer Uebertragung der Ausübung. Eine weitere gemeinrechtliche Entscheidung[4]) erklärte dagegen den Berichtigungsanspruch für abtretbar, sogar mit der Wirkung, daß der Zessionar seine eigene Eintragung kraft eigenen Rechts verlangen könne. Dieser Standpunkt wurde später noch einmal[5]) aufgenommen, um dann jedoch endgültig einer anderen Auffassung Platz zu machen. Das Reichsgericht redet jetzt ständig von einer Ermächtigung zur Geltendmachung[6]),

1) S. 482.
2) S. 205.
3) Vgl. oben S. 19.
4) RG. 46, 225.
5) RG. 62, 322.
6) So schon RG. 53, 408, 411; 59, 294; 78, 91; 91, 390 ff.; und zuletzt Gruch. 65, 723.

die gelegentlich auch als „Abtretung mit der Wirkung einer Ermächtigung" bezeichnet wird[1]). Die gesetzliche Grundlage für diese Ermächtigung erblickt es in § 185 BGB.

Wie Goldmann, der sich mit den Widersprüchen dieser Rechtsprechung ausführlich auseinandersetzt, sehr richtig bemerkt[2]), ist der Ausdruck Uebertragung oder Abtretung in dieser neueren Judikatur ungenau gewählt; vielmehr erkennt das Reichsgericht der Sache nach nur eine Ermächtigung an.

Im Anschluß hieran ist es von Interesse, auf einen gewissen Widerspruch einzugehen, der sich aus der folgerichtigen Durchführung der hier vertretenen Auffassung mit der Ausdrucksweise des Gesetzes in § 931 BGB. ergibt. Zur Uebereignung ist außer der Einigung erforderlich, „daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt". Um welchen Herausgabeanspruch soll es sich nun hier handeln? Falls mittelbarer Besitz besteht, könnten sowohl der obligatorische sowie der dingliche Anspruch in Betracht kommen; wenn aber kein Mittelungsbesitz besteht, so hat der Veräußerer nur den Anspruch aus § 985 BGB. und müßte somit diesen nach dem Gesetzeswortlaute abtreten. Diese Abtretung der rei vindicatio ist aber auffällig. Wie bereits oben[3]) festgestellt, vollzieht sich der Eigentumsübergang im Augenblick der Abtretung; Eigentum und Anspruch sind stets in einer Hand. In dem Momente, in dem sich der Veräußernde der Abtretung der rei vindicatio als Mittels zur Uebereignung bedient, erlischt der Anspruch, da seine Grundlage, das Recht des Veräußerers, weggefallen ist. Gleichzeitig entsteht er aber wieder aus dem Eigentum des Erwerbers.

Es ist daher von verschiedener Seite[4]) gefolgert worden, hier gehe nicht das Eigentum infolge der Abtretung der vindicatio, sondern diese mit dem Eigentumserwerb über. Das Gesetz habe Ursache und Wirkung vertauscht; zum Eigentumsübergang genüge also in Wahrheit die schlichte Einigung[5]). Entsprechend sei bei Bestehen mittelbaren Besitzes nur der obligatorische Anspruch abzutreten[6]).

---

1) RG. 64, 169; 78, 90; 112, 265; SeuffA. 77, 142; KGJ. 36, 179.

2) S. 494.

3) Vgl. oben S. 15 unten.

4) Wolff, S. 204; Kohler II, 2, S. 222; Siber, S. 246 ff.; Cosack II, 1, S. 159, 161; Du Chesne, ArchBürgR. 36, 47; Last, S. 77; ebenso auch der RGRKomm., 5. Aufl., zu § 985, S. 288: „In § 931 handelt es sich nur um konstruktive Verhüllung des Satzes, daß das Eigentum . . . durch bloße Einigung übertragen wird." Diese Auffassung steht freilich in Widerspruch zu der daselbst zu § 931, S. 247, vertretenen. Anders auch die 6. Aufl., S. 307.

5) So besonders Cosack II, 1, S. 161.

6) Scherk, S. 390.

Im besonderen Kohler[1]) dient der § 931 BGB. zum Beweise seiner Auffassung, daß das BGB. häufig das — angeblich zu Unrecht aufgestellte — Traditionsprinzip durchbrochen habe.

Zu dieser Lehre ist zu sagen, daß sie aus der Nichtabtretbarkeit der rei vindicatio durchaus folgerichtige Schlüsse zieht und bestrebt ist, eine systematische Geschlossenheit zu erreichen. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist ungenau. Der Eigentumsanspruch wird nur scheinbar abgetreten, d. h. geht auf den Erwerber nur scheinbar über. In Wahrheit erlischt er im Augenblicke des Eigentumsübergangs und entsteht nunmehr neu aus dem Eigentum des Erwerbers.

---

[1]) II, 2, S. 222.

3. Abschnitt.

Die Ermächtigung als Ersatz für die Abtretung.

§ 12.

Es wurde oben dargetan, daß häufig sehr bedeutsame wirtschaftliche Momente dafür sprechen, daß ein anderer als der Rechtsinhaber den dinglichen Anspruch gegen den Schuldner mit Erfolg geltend machen kann. Da nun die Zessionsvorschriften hierfür nicht verwendbar sind, fragt es sich, ob eine andere Rechtsfigur diesem Bedürfnis abhelfen kann.

Zweifellos kann der Anspruchsschuldner, wenn er dazu bereit ist und der Rechtsinhaber seine Zustimmung gibt, einem Dritten die Leistung erbringen. Die gesetzliche Grundlage hierfür gibt § 362, II, BGB. Die erbrachte Leistung gilt als Erfüllung; sie befreit den Schuldner, wobei allerdings zu beachten ist, daß der Inhalt der Leistung stets derselbe, ihr Ziel stets die Wiederherstellung der Ruhelage des dinglichen Rechts sein muß. Diese Bestimmung allein reicht freilich nicht aus, da der Schuldner in den seltensten Fällen freiwillig an einen Dritten leisten wird. Das Gesetz gibt nun in der Vollmacht eine Rechtsform für die Einwirkung eines Dritten auf ein fremdes Recht. Bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch einen Bevollmächtigten gibt dieser dem Gegner zu erkennen, daß er mit seinen Rechtshandlungen einen anderen verpflichtet oder über dessen Recht verfügt, also fremde Interessen vertritt. Der Gegner, also hier der Schuldner des dinglichen Anspruchs, muß es sich gefallen lassen, daß der Bevollmächtigte von ihm die Leistung verlangt; er muß auf dessen Verlangen erfüllen. Die Machtbefugnis des Vertreters richtet sich nach dem Recht des Vollmachtgebers; sie geht nicht weiter als das Recht, dem sie entspringt.

Die Vollmacht kann bis zu einem gewissen Grade dem vorhandenen Bedürfnis abhelfen; einige Vorgänge von „Abtretungen" dinglicher Ansprüche ließen sich in eine Vollmacht umdeuten.

V. Tuhr[1]) u. a. haben denn auch behauptet, es handele sich in diesen Fällen um eine unwiderrufliche Vollmacht.

Dieser Annahme widerspricht jedoch meist die Parteiabsicht und die Interessenlage. Die Vollmacht dient überwiegend dem Interesse des Vollmachtgebers; auf Grund des Kausalverhältnisses (meist Auftrag oder Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB.) ist der Bevollmächtigte verpflichtet, seine Macht zu gebrauchen. „Zedent" und „Zessionar" eines dinglichen Anspruchs wollen jedoch dem Erwerber meist nur eine Machtstellung verschaffen, zu deren Ausübung dieser nur berechtigt, nicht verpflichtet ist. Die Uebertragung erfolgt im Interesse des „Zessionars", der deshalb auch Dritten gegenüber wie der Inhaber des dinglichen Rechts im eigenen Namen auftritt.

Alle diese Momente und besonders das letzte widersprechen meist der Annahme einer Vollmacht.

Wenn dies Rechtsinstitut schon für den rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht recht ausreicht, so ist vor allem dem pfändenden Gläubiger mit ihr nichts geholfen. Es seien hier folgende Fälle erwähnt:

Der Eigentümer einer beweglichen Sache befindet sich nicht in deren Besitz; ihm steht lediglich der dingliche Herausgabeanspruch zur Verfügung. Der Gläubiger will die Sache pfänden; falls der Besitzer nicht zur Herausgabe bereit ist, muß er die vindicatio pfänden können (§ 809 ZPO.). Da dieser Anspruch nicht abtretbar ist, steht der Pfändung zunächst § 851 ZPO. entgegen.

Oder: Ein Gläubiger will in ein Grundstück vollstrecken; der Eigentümer ist jedoch nicht im Grundbuche eingetragen. Der Gläubiger muß also zunächst den Berichtigungsanspruch des Eigentümers pfänden, und auch hier steht dem die Vorschrift des § 851 ZPO. im Wege.

Nun hilft der zweite Absatz des Paragraphen zwar dem Pfändungsgläubiger im ersten Falle, denn der Gegenstand, den der Schuldner des Anspruchs aus § 985 BGB. schuldet, die bewegliche Sache, ist in der Regel der Pfändung unterworfen. Ist sie es aber nicht, z. B. nach § 811 ZPO. unpfändbar, so soll der Gläubiger nach dem Willen des Gesetzgebers eben keinen Zugriff auf die Sache haben.

Anders steht es jedoch für den, der in das Grundstück vollstrecken will. In § 894 BGB. ist der „geschuldete Gegenstand" die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches, mithin die Abgabe einer Willenserklärung, und Willenserklärungen sind als höchstpersönliche Leistungen nicht abtretbar, also nicht pfänd-

---

[1]) Unwiderrufl. Vollm., S. 83. Ebenso für den Berichtigungsanspruch Oertmann, Schuldverh., S. 310; ähnlich Du Chesne, DNotV., 16, 87.

bar[1]). Als weitere Bestimmung, nach der Pfändung erfolgen könnte, käme § 857 ZPO. in Betracht. Daß der Berichtigungsanspruch zunächst ein Vermögensrecht ist, wird sich kaum bestreiten lassen[2]), denn wenn er auch keinen unmittelbaren Wert darstellt, so ist er doch geeignet, die Rechtsposition zu verstärken und mittelbar einen Rechtserwerb herbeizuführen. Daß der Gesetzgeber bei Einfügung dieser Vorschrift nur an Nießbrauch und Dienstbarkeit (§§ 1059, 1092 BGB.) gedacht hat[3]), erscheint doch ziemlich bedeutungslos, wenn sich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes im Rechtsleben Fälle herausstellen, die mit Hilfe dieser Vorschrift befriedigend gelöst werden können. Es bleibt also zu untersuchen, ob der Berichtigungsanspruch und überhaupt die dinglichen Ansprüche der Ausübung nach einem anderen überlassen werden können, und ob hier der in der Praxis und Rechtslehre häufig benutzte Begriff der Ermächtigung zur Geltendmachung[4]) verwandt werden kann.

§ 13.

Das subjektive Recht ist, wie Enneccerus[5]) in inhaltlicher Uebereinstimmung mit der jetzt herrschenden Lehre sagt, die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienende Macht. Diese Interessenbefriedigung erfolgt naturgemäß dadurch, daß der Rechtsinhaber von dem Rechte gegenüber dem Verpflichteten selbst Gebrauch macht, daß er es ausübt. Normalerweise decken sich die Grenzen der Inhaberschaft des Rechts als abstractum und die Grenzen der Ausübung.

Dieser Grundsatz ist im Gesetze nicht besonders hervorgehoben; er ist eine Selbstverständlichkeit. Vielmehr spricht das BGB. von der Ausübung eines Rechts vielfach gerade dann, wenn das Recht im Rechtsleben nicht so zur Aeußerung gelangt, wie es seinem Inhalte entsprechen würde. Einmal geht die Rechtszuständigkeit dem Umfange nach weiter, die Ausübung ist nur in beschränktem Maße zulässig; eine Tatsache, die angesichts der häufigen Kollisionen, bei denen notwendig eines der kollidierenden Rechte nachgeben muß, durchaus verständlich ist. Ein anderes Mal ist die Ausübung in weiterem Maße möglich, wenn z. B. ein anderer als der Rechtsinhaber zur Geltendmachung befugt ist. Beispiele ließen sich in großer Zahl anführen; hier sei nur auf einige bedeutsame hingewiesen.

---

1) So v. Tuhr, Unw. Vollm., S. 87, der aber trotzdem § 851, II, analog anwendet; Meyer, S. 535; Mende, S. 164.

2) A. A. nur Du Chesne, DNotV., 16, 83.

3) Mende, S. 166; Meyer, S. 536.

4) Aus der Rechtslehre seien hier erwähnt: Planck-Strecker, S. 240; Wolff, S. 131; Volmer, S. 640; Predari, S. 545.

5) Enneccerus I, 1, S. 153: das subjektive Recht ist begrifflich eine Macht, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen.

Der 6. Abschnitt des Allgemeinen Teils spricht von der Ausübung der Rechte und schränkt die Ausübungsbefugnis des Berechtigten dahin ein, daß eine lediglich schikanöse Rechtsausübung unzulässig ist.

Der Vater kann unter Umständen an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sein; sein Recht ruht unter bestimmten Voraussetzungen, während ihm die elterliche Gewalt an sich zusteht.

Der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind zwar unübertragbar, doch kann ihre Ausübung einem anderen überlassen werden (§§ 1059, 1092 BGB.).

Der Grundsatz der Trennung des Rechts als Substanz und seiner Ausübung findet sich auch bei der Vollmacht. Der Bevollmächtigte kann auf das Recht eines anderen durch Rechtsgeschäft einwirken; er kann den Vollmachtgeber verpflichten und über sein Recht verfügen. Seine Handlungen wirken unmittelbar auf das Recht ein; kraft seiner Macht übt er das Recht des Vollmachtgebers aus[1]).

Auch das römische Recht, das keine Zession, keine Rechtsübertragung, kannte und in der novatio, die von der Zustimmung des Schuldners abhängig war, nur einen unvollkommenen Ersatz besaß, führte ein ähnliches Institut ein, den procurator in rem suam. Man gab einer dritten Person die Befugnis, das Recht des Gläubigers in eigenem Namen geltend zu machen, übertrug ihm die Ausübung des beim Gläubiger verbleibenden Rechtes. Der Schuldner war verpflichtet, an den procurator zu leisten; das Geleistete ging dann in das Vermögen des procurators über.

Dem gemeinen Recht war diese Rechtsfigur fremd; es schuf dafür die Vollmacht, und diese ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuche allein ausdrücklich geregelt. Das geltende Recht kennt jedoch, wie oben festgestellt, außerdem zahlreiche Fälle, in denen Rechtszuständigkeit und Ausübungsbefugnis sich nicht decken. Weiter gehören hierher die Vorschriften der §§ 182 bis 185 BGB., insbesondere § 185, nach dem jemand, der nicht Rechtsinhaber ist, mit dessen Zustimmung über das fremde Recht verfügen kann.

Von der Ueberlaßbarkeit spricht das Gesetz gerade bei den unübertragbaren Rechten wie Nießbrauch und persönliche Dienstbarkeit. Es ist nicht anzunehmen, daß dieser Vorgang lediglich bei den nicht zessiblen Rechten stattfinden soll; vielmehr muß dasselbe erst recht von den übertragbaren wie auch von den anderen unübertragbaren Rechten gelten[2]).

Endlich deutet die weite Fassung des oben angeführten § 857, III, ZPO. darauf hin, daß ganz allgemein eine Ueberlassung der Ausübung möglich ist.

---

[1]) Ludewig, S. 36.
[2]) Ludewig, S. 34.

Aus allen diesen Einzelbestimmungen läßt sich also der Grundsatz ableiten, daß Rechte zur Ausübung überlassen werden können mit der Maßgabe, daß das Recht selbst bei dem bisherigen Inhaber verbleibt, der Schuldner jedoch verpflichtet ist, an den Ausübungsbefugten zu leisten.

Die Stellung des Schuldners bedarf noch einer näheren Darlegung. Auch bei der Vollmacht, die doch lediglich ein Unterfall der Ueberlassung der Ausübung ist, muß es sich der Schuldner gefallen lassen, zwei Ausübungsberechtigten gegenüberzustehen. Nach § 1059 BGB. kann der Nießbraucher die Ausübung seines Rechtes einem Dritten überlassen, ohne daß dazu die Zustimmung des Eigentümers erforderlich wäre[1]). Der Eigentümer, dessen Recht durch den Nießbrauch beeinträchtigt wird, der der Schuldner des Anspruchs aus § 1036 BGB. ist, muß sich die Ausübung durch einen Dritten gefallen lassen. Daneben bleibt ihm gegenüber das Recht des Nießbrauchers unverändert; der Nießbraucher behält weiterhin seine Befugnisse, mag er sich durch die Ausübung auch im Innenverhältnis dem Dritten gegenüber ersatzpflichtig machen[2]).

Das gleiche besagt die Bestimmung des § 1092 für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Verschiedentlich wird schon aus der Zessionslehre die Zulässigkeit der Ausübungsüberlassung durch einen Schluß a maiore ad minus gefolgert[3]). Ein solcher Schluß ist schon grundsätzlich etwas bedenklich und besonders hier, wo doch die Wirkungen beider Vorgänge recht verschieden sind.

Es hat sich jedoch gezeigt, daß das gleiche Ergebnis aus anderen Gesichtspunkten heraus gewonnen werden kann. Um die Ausführung und wissenschaftliche Fundierung dieses Rechtsbegriffs hat sich besonders Hirsch[4]) verdient gemacht. Außer in den zeitlich früheren Schriften von Zitelmann und Max Seydel[5]) ist der Grundsatz der Ausübungsüberlassung anerkannt von Förster-Kann II, S. 747; Biermann, Allg. T., S. 344; Volmer, S. 640; Ludewig, S. 34; Richter, S. 770 ff.; Schmidt, S. 245; Heesen, S. 41.

§ 14.

Das zugrunde liegende Rechtsgeschäft zwischen Rechtsinhaber und Ausübungsberechtigtem, das diesen Zustand herbeiführt, findet seine gesetzliche Stütze in § 185, I, BGB. und ist

---

1) Biermann, Sachenrecht, S. 369; Goldmann-Lilienthal II, S. 399.

2) Biermann, Allg. T., S. 344.

3) Zitelmann, S. 68; Ludewig, S. 34; Beseler, S. 117: „Aus der, quia in maiore minus, kaum leugbaren Möglichkeit der Zession abgeschwächten Rechts".

4) Besonders S. 306 f.

5) Der Fruchterwerb auf Grund des Gestattungsgeschäfts.

vielfach als Ermächtigung bezeichnet worden. Da dieser Begriff in § 185 BGB. nicht erwähnt ist, soll im folgenden auf seine Entstehung und Entwicklung eingegangen werden.

Den Begriff der Ermächtigung hat Ihering[1]) im gemeinen Recht, entsprechend etwa dem römischen mandatum in rem suam, zuerst aufgestellt. Schon er geht davon aus, daß vielfach Interessenlagen vorhanden seien, denen man nicht mit dem Institut der Vollmacht gerecht werden könne. In der Regel müsse die Ermächtigung unwiderruflich und vererblich sein. Außer dieser gelegentlichen Bemerkung hat sich Ihering mit dem neuen Rechtsbegriff nicht näher befaßt; insbesondere ist sein angekündigter Aufsatz über die Ermächtigung ausgeblieben.

Im gleichen Sinne wie Ihering redet Strohal[2]) von der Ermächtigung, während wieder Mitteis[3]) sie als unwiderrufliche Vollmacht auffaßt und als solche ablehnt.

Nähere Ausführungen gibt Regelsberger. Nach ihm ist Ermächtigung sowohl die Gestattung rein tatsächlicher Einwirkungen wie die Gutheißung rechtlicher Einwirkungen auf das Vermögen[4]). Auch er hebt den Interessengegensatz zwischen Vollmacht und Ermächtigung hervor und folgert daraus für letztere Unwiderruflichkeit und Vererblichkeit. Bekker[5]) sagt: „Die Ermächtigung gibt dem Ermächtigten stets die Befugnis, Ausübungsakte vorzunehmen."

Schloßmann (S. 295) und Hupka (S. 20 f.) bezeichnen hingegen den Begriff als nichtssagend und farblos; es handele sich lediglich um einen erlaubten Eingriff, bei dem die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei.

Noch die Dissertation von Bodenheim (1919) gelangt zu dem Ergebnis[6]), daß es keinen einheitlichen Begriff der Ermächtigung im geltenden Recht gebe. Nun kennt allerdings das Bürgerliche Gesetzbuch nicht den technischen, einheitlichen Begriff der Ermächtigung wie etwa den der Vollmacht. Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes bedeutet Ermächtigung einmal Einwilligung (§ 112 f. BGB.), einmal öffentlichrechtliche Erlaubnis (§ 1321 BGB.) und einmal Vollmacht (§§ 370, 714 BGB.). Lediglich bei der Anweisung (§ 783 BGB.) ist von einer doppelten Ermächtigung im hier erwähnten Sinne die Rede.

Doch ist in der neueren Praxis[7]) und Rechtswissenschaft ein Begriff aufgestellt worden, der jetzt im wesentlichen anerkannt

---

1) IherJhb. 2, 131.
2) S. 438 ff.
3) S. 201 ff.
4) I, S. 592.
5) II, § 106.
6) S. 32 f.
7) Zuerst RG. 53, 275; grundlegend dann die späteren Entscheidungen RG. 73, 308 und 91, 390.

wird. Man kann die Ermächtigung bestimmen als die Macht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken[1]).

Gegenstand dieser Ermächtigung ist eine Ueberlassung der Ausübung eines Rechts. Die Gestattung rein tatsächlicher Einwirkung ist — entgegen Regelsberger — aus dem Begriffe auszuscheiden.

Die Wirkungen der Ermächtigung sind teilweise schon bei der Ueberlassung der Ausübung erwähnt; es sei hier noch folgendes angeführt.

Der Ermächtigte kann berechtigt sein, seinen Machtgeber zu verpflichten oder über dessen Recht zu verfügen[2]). Wie weit dem Ermächtigten gegenüber sein Machtgeber zur Ausübung seines Rechtes berechtigt ist, wie weit dieser es ausüben d a r f, bestimmt sich nach der zugrunde liegenden causa. Nach außen hin erfährt die Stellung des Ermächtigenden keine Schmälerung; sein rechtliches K ö n n e n wird durch die Ermächtigung nicht berührt[3]). Es tritt also, genau wie bei der wesensverwandten Vollmacht, eine Vervielfältigung der aus dem Rechte fließenden Befugnisse ein. Der Schuldner steht zwei Ausübungsberechtigten gegenüber und muß auf beider Verlangen leisten.

Dies wird zwar vielfach bestritten[4]), und es ist zuzugeben, daß z. B. die vom Reichsgericht angeführten Gesetzesstellen, die §§ 185 und 362 BGB., an sich nichts beweisen; denn von einer Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an den Dritten ist hier nicht die Rede.

Wohl aber läßt sich dies aus den angeführten Stellen der §§ 1059, 1092 BGB. entnehmen; denn die Ueberlassung der Ausübung kann hier, wie festgestellt[5]), ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgen und führt auch den Zustand herbei, daß der Eigentümer die Einwirkung zweier Personen gegen sich dulden muß. Diese Bestimmungen lassen auf einen allgemeinen dahingehenden Grundsatz schließen.

Ferner beherrscht der gleiche Gedanke die Vollmachtslehre, die ja auch nur ein Unterfall der Ueberlassung der Ausübung ist, und kann für die verwandte Ermächtigung herangezogen werden.

---

1) Ludewig, S. 4.

2) Da hier im Zusammenhang mit den dinglichen Ansprüchen lediglich die Ermächtigung zur Verfügung interessiert, wird diese im folgenden allein behandelt.

3) Enneccerus I, 1, S. 476.

4) U. a. von Goldmann, S. 498: „Der Satz, daß die Ausübung der einzelnen, zu einem Recht gehörenden Befugnisse auch durch eine andere Person als den Rechtsinhaber erfolgen kann, findet seine Schranke darin, daß eine Ausübung gegen Dritte gegen ihren Willen nur in der vom Gesetze hierfür vorgesehenen Form der Vollmacht zulässig ist".

5) Vgl. oben S. 31.

Vom Standpunkte des Schuldners aus sind gegen diese Vervielfältigung keine Bedenken herzuleiten, denn die Rechtshandlungen des Ermächtigten wirken auch gegenüber dem Rechtsinhaber, sie beeinflussen dessen Recht[1]); der Schuldner wird durch Leistung an den Ermächtigten dem Rechtsinhaber gegenüber befreit.

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Ermächtigung auch im Prozeßrecht gilt, ob also der Ermächtigte gegen den Schuldner klagen oder ob dieser ihm den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegenhalten kann.

In der Prozeßrechtslehre wird die Zulässigkeit der prozessualen Ermächtigung vielfach verneint, so besonders von K. Hellwig[2]), der ausführt, das geltende Recht kenne nur eine Rechtsübertragung oder Bevollmächtigung, nicht aber die Ermächtigung als Grund für die Zulässigkeit der Prozeßstandschaft; eine Trennung von Recht und prozessualer Legitimation sei unmöglich.

Nun wird hier aber eine Abspaltung lediglich des Prozeßführungsrechts nicht behauptet; vielmehr enthält die Ermächtigung zur Ausübung im Grunde eine materiellrechtliche Macht, die sich nach Absicht der Parteien auf jede Art der Geltendmachung, allerdings auch auf die Prozeßführung, erstrecken soll. Die Ermächtigung stellt freilich insofern prozeßrechtlich eine Ausnahme dar, als die Prozeßpartei weder Inhaberin des geltend gemachten Rechts ist, noch einer der gesetzlich geregelten Fälle der Prozeßstandschaft, wie z. B. die Vollmacht oder die Vermögensverwaltung des Ehemanns, Konkursverwalters usw., vorliegt. In allen diesen Fällen ist durch die gesetzliche Regelung immanent zum Ausdruck gebracht, daß ein rechtliches Interesse zur Geltendmachung des fremden Rechts gegeben ist. Bei der Ermächtigung wird man also, da dies Interesse nicht bereits klar zutage tritt, jedesmal eine besondere Nachprüfung dahin verlangen, ob dem Begehren des Klägers schutzwürdige Interessen zugrunde liegen. Dies wird allerdings, wie oben bereits ausgeführt, bei dinglichen Ansprüchen meist der Fall sein.

Nach dieser gemachten Einschränkung bestehen wohl gegen die Ermächtigung im Prozeßrecht keine Bedenken mehr.

Dieser Gedankengang entspricht der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, das besonders in der bedeutsamen Entscheidung (RG. 91, 390 ff.) ähnliche Ausführungen gemacht hat. In diesem Falle handelte es sich um eine Ermächtigung lediglich zur Vertretung im Prozesse, die dem Wunsche entsprang, nicht

---

[1]) RG. 73, 309.

[2]) System I, S. 175. Aehnlich Gaupp-Stein-Jonas I, S. 138; H. Hellwig, S. 609.

in eigenem Namen auftreten zu müssen[1]). Das Reichsgericht verneint die Aktivlegitimation des Ermächtigten und führt dazu aus (S. 398):

„Zwar bedarf das Interesse in den Regelfällen der Leistungsklage, wo diese durch den Berechtigten angestellt wird, keiner besonderen Darlegung, da es sich aus der Nichtbefriedigung eines fälligen Anspruchs ohne weiteres ergibt. In prozessual besonders liegenden Fällen, wie bei der Feststellungsklage oder bei Ansprüchen auf künftige Leistung, wird dagegen die Darlegung eines Rechtsschutzinteresses vom Gesetz ausdrücklich gefordert (§§ 256, 259 ZPO.). Gleiches muß auch gelten, wenn, wie hier, ausnahmsweise ein Nichtberechtigter einen einem anderen zustehenden Anspruch im eigenen Namen einklagt."

Diese aufgestellten Leitsätze entsprechen durchaus einer wirtschaftlich gesunden Auffassung und sind voll anzuerkennen.

Dem Schuldner bringt die Prozeßermächtigung keine besonderen Gefahren. Die Tatsache, daß ein schutzwürdiges Interesse des Klägers vorliegen muß, schützt ihn davor, daß eine mittellose Person gegen ihn vorgeschoben wird. Das Urteil beeinflußt das geltend gemachte Recht und bewahrt ihn daher vor neuen Ansprüchen des Rechtsinhabers[2]). Wenn der Ermächtigende als Zeuge für das Bestehen seines Rechts vernommen werden kann, so gilt dies doch ebenso bei der Abtretung.

Uebrigens dürfte meistens der Rechtsinhaber ein rechtliches Interesse an dem Obsiegen des Ermächtigten haben und daher nach § 393, Nr. 4, ZPO. unbeeidigt zu vernehmen sein. Immer aber untersteht die Entscheidung darüber, welcher Wert seiner Aussage im Einzelfalle beizumessen ist, der freien Beweiswürdigung des Gerichts.

§ 15.

Wir kommen nun wieder zu dem Ausgangspunkt des § 857, III, ZPO. zurück und können feststellen, daß grundsätzlich alle Rechte überlaßbar sind, und daß die Ueberlassung der Ausübung eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Rechts ist. Die Pfändung der dinglichen Ansprüche ist daher, soweit sie nicht schon nach § 851, II möglich ist, nach § 857, III, ZPO. zulässig. Vor allem ist also der Berichtigungsanspruch nach letzterer Vorschrift pfändbar[3]).

Welches sind aber die Wirkungen dieser Pfändung in Verbindung mit der Ueberweisung, die natürlich nur als Ueberweisung zur Einziehung möglich ist?

---

[1]) A. a. O. S. 397.

[2]) Ludewig, S. 50.

[3]) Gaupp-Stein-Jonas II, S. 773, 780; Güthe-Triebel I, S. 313; Wolff, S. 132; Oberneck, S. 424; Kohler II, 2, S. 87; RGRK. III, 6. A., S. 161.

Es sei hier nicht auf die bestrittenen Fragen eingegangen, welche Wirkungen der Pfändungs- und welche der Ueberweisungsbeschluß im allgemeinen auslöst, wie beide zueinander stehen. Man hat es hier mit einer Sondervorschrift zu tun, und nach § 857, III, ZPO. ist das Recht „der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann". Dies soll besagen, der Pfändungsgläubiger kann nur die Stellung für sich beanspruchen, die ein Ausübungsbefugter einnimmt. Der Ausübungsbefugte aber kann es nicht verhindern, daß neben ihm der Rechtsinhaber sein Recht geltend macht und ebenso andere, die von diesem dazu ermächtigt sind. Lediglich das Verfügungsverbot des § 829, I ZPO., nach dem der Rechtsinhaber nicht mehr die Leistung an sich verlangen kann, schränkt dessen Macht ein. Im übrigen steht der Pfändungsgläubiger nicht anders da als ein durch Rechtsgeschäft Ermächtigter[1]). Die Stellung, die der Pfändungsgläubiger damit erlangt, ist also eine erheblich schwächere als die eines gewöhnlichen Pfändungsgläubigers. Sie ist jedoch durch die Besonderheit des dinglichen Anspruchs, im besonderen hier des Berichtigungsanspruchs, bedingt und reicht dazu aus, dem Pfändenden zu seinem Ziele zu verhelfen.

P. will z. B. in eine Eigentümergrundschuld des E. vollstrecken; dieser ist jedoch noch nicht als Inhaber der Grundschuld eingetragen, hat also einen Berichtigungsanspruch gegen S., der fälschlich noch als Hypothekengläubiger eingetragen ist. Außerdem will E. den G. zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs ermächtigen, um diesem dann eine Hypothek zu bestellen. Wenn P. den Berichtigungsanspruch des E. pfändet, so kann es ihm völlig gleichgültig sein, ob S. seine Leistung, also die Zustimmung zur Berichtigung, auf sein Verlangen oder auf das des G. erbringt. Die Leistung des Schuldners aus § 894 BGB. bleibt stets die gleiche; sie führt zur Eintragung des E. als Inhaber der Eigentümergrundschuld. Sobald diese erfolgt ist, kann P. dieses Recht pfänden und so zu seiner Befriedigung kommen.

Das gewonnene Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß die dinglichen Ansprüche nicht von dem Mutterrechte losgelöst werden können. Jedoch können sie durch Ermächtigung der Ausübung nach überlassen werden; eine Lösung, die bei vernünftiger Handhabung in der Rechtsprechung Mißbräuche ausschließt und der Befriedigung schutzwürdiger Interessen dient.

[1]) Wolff, S. 132; RGRKomm. III, 6. Aufl., S. 161; Güthe-Triebel I, S. 313; Staudinger-Kober III, 1, S. 260; Volmer, S. 649; RG. 94, 10; SeuffA. 62, 252; KG. 47, 174; OLGE. 13, 13; 18, 198.

Literatur

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II, 1889.
Beseler, Abgeschwächte Zession, Arch. Pr., 110, 114 ff.
Biermann, Bürgerl. Recht I, Allg. Teil und Personenrecht, 1908.
Biermann, Kommentar zum BGB., Sachenrecht, 3. Aufl., 1914.
Bodenheim, Die Ermächtigung im BGB., Diss., Greifswald, 1919.
Du Chesne, Absolutes und relatives Recht, Arch. f. Bürgerl. Recht 36, S. 38 ff.
Du Chesne, Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs und das Kammergericht, in DNotV. 16, 73 ff.
Du Chesne, Anspruch aus § 888 BGB. und Berichtigungsanspruch, in DNotV. 12, 456 ff.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, II, 1, 7.—8. Aufl., 1924.
Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts, III, 1905.
Dernburg, Bürgerliches Recht, II, 4. Aufl., 1909.
Dernburg, System des Römischen Rechts, 8. Aufl., 1912.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I, 9. Aufl., 1903; II, 8.—9. Aufl., 1905.
Enneccerus, Allgemeiner Teil, 25.—29. Aufl., 1926.
Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 23.—27. Aufl., 1927.
Fischer, H. A., Der Schaden nach dem BGB., 1903.
Förster-Kann, Zivilprozeßordnung, II, 3. Aufl., 1926.
Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO., 12.—13. Aufl., 1926.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Sachenrecht, Bd. III, Schuldrecht.
Goldmann, Pfändung und Abtretung des Berichtigungsanspruchs, in Gruch, 62, 478 ff.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch, II, Sachenrecht, 1912.
Güthe-Triebel, Kommentar zur Grundbuchordnung, 4. Aufl., 1923—25.
Heesen, Die Abtretung und Pfändung des Anspruchs aus § 894 BGB., Diss., Göttingen, 1922.
Hellwig, H., Ermächtigung zur Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen, Gruch, 55, 607.
Hellwig. K., Anspruch und Klagrecht, 1900.
Hellwig, K., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts.
Hellwig-Oertmann, System des Zivilprozeßrechts.
Henle, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I, Allg. Teil, 1926.
Herfurth, Die rechtliche Natur des Berichtigungsanspruchs, Diss., Jena, 1906.
Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, 1910.
Horn, Das Recht des Schadensersatzpflichtigen auf Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten, Diss., Rostock, 1906.
Hupka, Die Vollmacht, 1900.
Ihering, Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer, IherJ., 1, 101 ff.
Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, IherJ., 2, 67 ff.
Kämmerer, Die Abtretung des Berichtigungsanspruchs, Diss., Halle, 1921.
Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, II, 9. Aufl., 1906.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I, 1906, II, 2, 1919.
Kohler, Recht und Prozeß, Grünh. Zeitschr. 14, S. 12.
Krückmann, Zum Berichtigungsanspruch, in ZBlFG., 15, 378.
Langheineken, Anspruch und Einrede, 1903.
Last, Fragen der Besitzlehre, IherJ., 63, 71.
Loewenwarter, Lehrkommentar zum BGB., IV, 1925.
Ludewig, Die Ermächtigung nach Bürgerl. Recht, 1922.
Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl., 1906.
Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, Gruch, 56, 265 ff.
Mende, Zur Frage der Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs, IherJ., 70, 151 ff.
Mitteis, Lehre von der Stellvertretung, 1885.
Motive zum Entwurfe eines BGB., 1888.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., 1908—09.
Oertmann, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1927.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3.—4. Aufl., 1910.
Oertmann, Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, Arch. f. ziv. Pr. 113, 51 ff.
Oertmann, Die Vorteilausgleichung beim Schadensersatzanspruch, 1901.
Planck-Siber, Allg. Teil der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1914.
Planck-Strecker-Brodmann, Sachenrecht, 4. Aufl., 1920.
Predari, Bemerkungen zu Goldmanns Aufsatz in Gruch, 62, 545 ff.
Raape, Gebrauchs- und Besitzüberlassung, IherJ. 71, 97 ff.
Regelsberger, Pandekten, I, 1893.
RGRKomm., Das Bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., 6. Aufl., Bd. I und III, 1928, 5. Aufl., Bd. 2, 1923.
Richter, Die fiduziarische Uebertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen, Gruch. 60, 766 ff.
Rosenberg, Kommentar zum BGB., Sachenrecht, 1919.
v. Rümelin, Zu Oertmann, Verteilsausgleichung, Kr. VJSchr. 45, 189 ff.
Scherk, Margarete, Die Einreden aus dem Recht zum Besitz, IherJ. 67, 301 ff.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, I, 1900.
Schmidt, Alfons, Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, Gruch. 57, 241.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Allg. Teil, 1900.
Schöninger, Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs, Arch. f. civ. Pr. 96, 163 ff.
Schott, Das Armenrecht in der Deutschen Zivilprozeßordnung, 1900.
Schulz, Fritz, Rückgriff und Weitergriff, 1907.
Seydel, Der Fruchterwerb auf Grund des Gestattungsgeschäfts, 1907.
Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, 1907.
Sohm, Der Gegenstand, 1905.
Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation, Arch. f. civ. Pr. 80, 305 ff.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB., I, 9. Aufl., 1925; II, 1, 7.—8. Aufl., 1912; III, 9. Aufl., 1926.
Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf, IherJ. 27, 335 ff.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerl. Rechts, 1910—18.
v. Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht, 1908, in Festschrift f. Laband.

v. Tuhr, Kritik zu Fischer, der Schaden, KrVJSchr. 47, 63 ff.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, I, 3. Aufl., 1906.
Volmer, Zur Frage der Eintragsfähigkeit der Pfändung und Ueberweisung des Berichtigungsanspruchs, Gruch. 59, 624 ff.
Walsmann, Der Verzicht, 1912.
Warneyer, Kommentar zum BGB., II, 1927.
Windscheid, Die actio des Römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856.
Wolff, Martin, Sachenrecht, 22.—26. Aufl., 1927.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Arch. f. civ. Pr. 99, S. 1 ff.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Juristische Wochenschrift.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Archiv für bürgerliches Recht.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.
Grünhuts Zeitschrift.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. Januar 1906 in Breslau als Sohn des Oberpräsidialrats, jetzt Oberverwaltungsgerichtsrats i. R., Dr. phil. h. c. Max Schimmelpfennig geboren, bin evangelischer Konfession und besuchte zunächst das humanistische König-Wilhelms-Gymnasium zu Breslau, seit Januar 1921 das Fichte-Gymnasium zu Berlin-Wilmersdorf. Dort bestand ich Ostern 1923 die Reifeprüfung.

Darauf wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu und verbrachte drei Semester an der Universität Tübingen, ein Semester an der Universität München und drei weitere an der Universität Berlin. Am 7. April 1927 bestand ich am Kammergericht zu Berlin die erste juristische Staatsprüfung und befinde mich seitdem als Referendar im Vorbereitungsdienst in Berlin.

Berlin, den 15. März 1928.

Kurt Schimmelpfennig.